



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra  
hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

# RÉGIMEN DE EXCEPCIONALIDADES FRENTE A LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE DECRETAR AUXILIOS Y DONACIONES POR PARTE DEL ESTADO\*

ANGIE JULIETH AVELLANEDA ORIGUA\*\*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

## RESUMEN

El Estado, por mandato constitucional consagrado en el artículo 355 de la Constitución Política, no podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. No obstante, existe una excepción a tal prohibición que consiste en la autorización que se da al Gobierno, para que pueda financiar, con recursos de los respectivos presupuestos, programas y actividades de interés público, acordes con los respectivos planes de desarrollo, para lo cual, dispone el deber de que dichas asignaciones se realicen mediante la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Sin embargo es preciso considerar que en múltiples ocasiones la asignación de recursos públicos para atender necesidades de la comunidad, no se podrá enmarcar dentro de las condiciones contractuales que al respecto enuncia la constitución.

Palabras clave: Auxilios parlamentarios, Estado benefactor, recursos públicos, donaciones, persona de derecho privado, presupuesto, beneficios.

## ABSTRAC

The State cannot decree aid or donations in favor of natural or legal persons under private law due to constitutional mandate enshrined in article 355 of the Political Constitution. However, there is an exception to such prohibition, which consists in

---

\* Artículo de reflexión elaborado como trabajo de grado para optar el título de abogado, bajo la Dirección del Doctor Jairo Edmundo Cabrera Pantoja, Docente de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C. 2017.

\*\* AVELLANEDA ORIGUA, ANGIE JULIETH. Estudiante Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia, 2017, estudios en Administración de Empresas, amplia experiencia en el sector público, en asuntos de Contratación Estatal, asuntos Disciplinarios y actualmente asesora del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA en asuntos sindicales. Email: [angie.avellaneda@outlook.com](mailto:angie.avellaneda@outlook.com)

the authorization given to the Government to be able to finance programs and activities of public interest according to the respective development plans with resources from the corresponding budgets. For this purpose, the Government has a duty to make the conclusion of contracts with suitable and prestigious non-profit entities with such allocations. However, it is then necessary to consider that on many occasions the allocation of public resources to meet the needs of the community will not be framed within the contractual conditions that the constitution enunciates in this regard.

Keywords: parliamentary aid, welfare state, public resources, donations, private law person, budget, benefits.

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

1. Auxilios Parlamentarios
2. Artículo 355 de la Constitución Política
3. el Gasto Social en el Presupuesto Público
4. La contratación de las entidades sin ánimo de lucro con el Estado Colombiano

### CONCLUSIONES

### REFERENCIAS

## INTRODUCCIÓN

El artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, señala: *“Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”*. Dicho mandato Constitucional, consagra de una parte, una prohibición general en virtud de la cual, el Estado NO podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado y por otra, una excepción a tal prohibición que consiste en la autorización que se da al Gobierno, para que, en sus diferentes niveles, pueda financiar, con recursos de los respectivos presupuestos, programas y actividades de interés público, acordes con los respectivos Planes de Desarrollo, para lo cual, dispone el deber de que dichas asignaciones se realicen mediante la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, es de esta manera como se faculta a que por intermedio de dicho instrumento el Estado pueda otorgar bienes y servicios o donar a particulares que se encuentren en situación de vulnerabilidad, es decir, existe la prohibición expresa Constitucional de donar directamente pero una salvedad para hacerlo si se realiza dentro de un marco contractual con organizaciones sin ánimo de lucro.

Es preciso considerar, que en múltiples ocasiones la asignación de Recursos Públicos para atender necesidades de la comunidad, no se podrá enmarcar dentro de las condiciones contractuales que al respecto enuncia la Constitución.

En consideración a lo anterior y observando la importancia del cumplimiento de las finalidades del Estado, consistentes en el servicio a la comunidad, garantizando su protección y bienestar en general, surge para el Estado la necesidad de garantizar

dichos fines con mecanismos de carácter presupuestal, que implican que deba asignar Recursos Públicos para otorgar donaciones en favor de la sociedad, de no ser ello así, como se explicaría la entrega de recursos para proyectos productivos, herramientas y/o enseres, material de construcción, subsidios entre otros instrumentos de atención que requieren más de 15 millones de colombianos que se encuentran en situación de pobreza y requieren de la asistencia del Gobierno Nacional. Adicional a lo anterior, deberá tenerse en consideración, como lo afirmó (Becerra, 2002), que actualmente la cantidad y calidad de bienes que debe suministrar el Estado son mayores en virtud de la calidad de Estado Social de Derecho que caracteriza a Colombia.

Considerando que respecto de dichos auxilios o donaciones existe una taxativa prohibición, descrita en el primer inciso del artículo superior mencionado, deberá el Estado contar con herramientas jurídicas, (adicionales a la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro) que le permitan asignar Recursos Públicos en beneficio de particulares sin transgredir el Ordenamiento Jurídico vigente, motivo por el cual se pretende con el desarrollo de este trabajo, identificar cuál es ese régimen de excepciones, y qué mecanismos jurídicos le permiten al Estado justificar el otorgamiento de auxilios o donaciones a personas de derecho privado, considerando la prohibición de carácter constitucional existente al respecto.

Para lo cual, se planteará una estructura que consiste en: I.) Desarrollar los antecedentes históricos del tema, dividiendo la concepción de los auxilios parlamentarios en el marco constitucional anterior; II.) Identificar el contexto del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, para lo cual se abarcará desde la iniciativa de la Asamblea Nacional Constituyente finalizando con el texto que quedó plasmado en el nuevo ordenamiento constitucional. III.) Se analizará, la destinación del presupuesto público en actividades de interés público y por último IV.) La contratación de las entidades sin ánimo de lucro con el Estado Colombiano, que incluye un análisis del recientemente entrado en vigencia Decreto 0092 de 2017. Así mismo a lo largo del presente, se analizarán pronunciamientos

jurisprudenciales al respecto, con el fin de observar los lineamientos establecidos como excepciones a la prohibición Constitucional y como fines esenciales del Estado Benefactor y protector de las Comunidades vulnerables en el territorio.

## 1. AUXILIOS PARLAMENTARIOS

En nuestro país, los denominados auxilios parlamentarios tuvieron fundamento constitucional que fue establecido en la Carta de 1886, a través del numeral 18 del artículo 76, por medio del cual se otorgó la facultad al Congreso para *“Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo”*. Permitiendo así la injerencia parlamentaria en el gasto público con destinación a las regiones y asignando de esta manera recursos públicos a particulares.

El sistema establecido funcionó de manera adecuada en un principio, pero posteriormente y de manera lamentable se desarrolló una atención inadecuada de dicho mandato constitucional y con pretextos diversos como el de atender necesidades locales, se presentaron en el país múltiples situaciones tales como obras inconclusas, auxilios a instituciones que no desarrollaban servicios en favor de la comunidad, utilización de los auxilios en favor de causas electorales, entre otras irregularidades que trajeron como consecuencia un aumento en la corrupción y en general constantes y múltiples críticas por hechos dolosos en contra del erario. (Aponte Olivella, 1983).

Producto de las situaciones anteriormente descritas, se consideró necesario hacer una modificación normativa al respecto, que quedó consignada en el Acto Legislativo 1 de 1968, que modificó el artículo 76 de la Constitución de 1886 por medio del artículo 11 y en cuyo numeral 20, otorgó facultad al Congreso para: *“Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes”*. De esta manera la aprobación de los denominados auxilios, fue sometida al principio de la planeación, toda vez que la frase adicionada “estricta sujeción a los planes y programas correspondientes” daría a entender que se configuraban planes y programas para atender lo estipulado en la norma, sin embargo no fue sino hasta la expedición de la Ley 30 de 1978 que se adoptó un plan y un programa de fomento a empresas útiles y benéficas de desarrollo regional.



Adicionalmente, dicha reforma constitucional en su artículo 187 inciso 3º, no sólo otorgó facultades respecto de otorgar auxilios al Congreso sino también facultó a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales para poder fomentar industrias, con los recursos propios de cada entidad territorial.

Pretendía el constituyente de la época, permitir a los congresistas hacer uso de recursos para financiar necesidades de sus regiones, que por su tamaño y/o naturaleza no eran incluidas en los planes presupuestales de carácter estatal. Sin embargo y aunque al principio las partidas atendían el propósito para el cual habían sido concebidas y los congresistas asignaban los recursos en sus correspondientes circunscripciones electorales, con la finalidad de impulsar empresas útiles o benéficas, no pasó mucho tiempo en que los intereses privados y las prácticas irregulares de los políticos permearan esta figura constitucional. Fue tanto el grado de corrupción al respecto, que, de acuerdo con los repetidos pronunciamientos doctrinales al respecto, este manejo inadecuado del erario, ha sido una de las más grandes prácticas de distorsión legislativa y por supuesto del actuar político inadecuado en nuestro país. Al respecto, coinciden (Aponte Vanegas, Morales Benitez, Vidal Perdomo, & Younes Moreno, 2008), toda vez que el sistema de los auxilios parlamentarios, permitía asegurar la auto reelección de los miembros del Congreso, pues, tenían de por sí una significativa ventaja frente a ciudadanos que sin ser miembros activos del Parlamento, aspiraban también a ser actores partícipes de la democracia representativa. (Pág. 31)

Esos recursos como lo señaló la Contraloría General de la República, se habían convertido en fuente de vicios administrativos, además de mostrar una concentración en algunas regiones y contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para que éstas pudiesen impulsar la clase de programas para los cuales estaban diseñados tales auxilios. (Contraloría General de la Republica, 1991)

Respecto de las múltiples irregularidades (Cárdenas, Mejía, & Olivera, 2006) describen como ejemplo el mecanismo usado habitualmente y que responde a una opinión basada en entrevistas con funcionarios de la época.

Cuando los parlamentarios preparaban el informe de ponencia sobre el proyecto de ley de presupuesto se reunían con el Ministro de Hacienda o el Director de Presupuesto para plantearle la importancia de ciertas partidas de inversión que habían sido omitidas en el proyecto de ley y de paso, mencionar los problemas políticos del momento que dificultaban la formación de una coalición a favor del ejecutivo. Aunque los auxilios parlamentarios eran legales no existía un reglamento. Por ello, su tamaño variaba de manera poco transparente en función de la importancia del parlamentario correspondiente. Por supuesto, los miembros más antiguos e influyentes de las comisiones, los presidentes de las mismas y los ponentes del proyecto de ley recibían un mejor tratamiento. (p. 29)

Adicional a las irregularidades mencionadas, la práctica de los auxilios parlamentarios desarrolló otras irregularidades que describe la Corte Constitucional en la Sentencia 372 de 1994, esta figura permitió favorecer desequilibrios regionales debido a la diferencia de representación de cada región, adicionalmente en ocasiones el poder ejecutivo se reservaba una parte de los presupuestos para repartir entre algunos congresistas, particularmente entre los integrantes de las comisiones de presupuesto. Asimismo, las partidas que atendían el mandato constitucional de fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes, aumentaron de manera considerable en número y cuantía, montos que posteriormente entraban a formar parte del patrimonio personal del congresista o que se dirigían para hacer parte de la financiación de campañas electorales. De ahí que la magnitud de las sumas no correspondiera a la eficiencia esperada del gasto público, puesto que en contraste radical con el incremento de esta fuente de despilfarro se tornó evidente la ausencia de adecuados y efectivos mecanismos de

control sobre la destinación e inversión de esos recursos, lo que generó una situación insostenible que debía modificarse y era la Convocatoria a una Asamblea Constituyente la oportunidad histórica para corregirlo.

## 2. ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En vista del fuerte rechazo a la clase política, en general al Congreso, por las prácticas irregulares respecto de las asignaciones denominadas auxilios parlamentarios y que iban en total contravía de los adecuados manejos del presupuesto público, y como respuesta a la crisis de legitimidad que afrontaban las instituciones gubernamentales, es preciso mencionar que buena parte de las reformas constitucionales que se desarrollaron con el nuevo ordenamiento constitucional nacional, atendieron al ámbito de la ética (Becerra, 2002). En vista de las inconformidades y rechazo, los estudiantes de varias universidades del país promovieron y llevaron a cabo la marcha del silencio que dio lugar al nacimiento de un gran movimiento estudiantil que dio origen a la séptima papeleta, (Younes, 2016), que como resultado concluyó en la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente que cambiaría el ordenamiento constitucional del país, para quienes uno de sus principales objetivos era precisamente la abolición de los auxilios parlamentarios.

Al respecto, (Lleras de la Fuente & Tangarife Torres, 1996, pág. 15 y 16) señalan lo siguiente:

*(...) Durante los debates de las mesas de trabajo, los estudiantes plantearon la necesidad de reformar el Congreso, fortalecer la justicia y dar vida a la planeación económica, en ese entonces inexistente por la inoperancia de la Comisión del Plan (artículo 80 de la Constitución de 1886), convocando una Asamblea Nacional Constituyente, que además eliminara definitivamente los auxilios parlamentarios.*

*El propósito de los estudiantes también quedó más claro aún, cuando a partir del 22 de octubre de 1989 a través de varios medios de comunicación (...) lanzaron una propuesta encaminada a obtener el respaldo popular a la iniciativa de los estudiantes. Dicha propuesta decía textualmente:*

*“Ciudadano Colombiano: si usted quiere participar en la solución de los problemas nacionales, firme con su nombre y número de cédula esta propuesta y envíela al apartado No. 30314 de Bogotá. Su respuesta será remitida al Señor Presidente de la Republica, como apoyo a esta iniciativa.*

*Movimiento estudiantil que promovió la marcha del silencio realizada en Bogotá el 25 de agosto de 1989*

*Frente a la crisis generalizada que atraviesa la Nación y ante la incompetencia de la clase política para dar respuesta a los graves problemas del país, se hace necesario que la ciudadanía asuma su responsabilidad en la búsqueda de las soluciones que las circunstancias exigen.*

*Los abajo firmantes, convocados por la juventud colombiana, ajenos a cualquier propósito partidista, burocrático a sectario, sin intereses económicos particulares, y motivados únicamente por la búsqueda del bien común, por una futura Colombia gobernada por la moral, la justicia integral, sobre la base de los principios democráticos y el respeto a la dignidad humana, en un medio de progreso, paz y autodeterminación, solicitamos a usted Señor Presidente disponga de los instrumentos necesarios para la convocatoria de un plebiscito, con el fin de que la Nación se manifieste sobre los siguientes puntos:*

- 1. Eliminación de los auxilios parlamentarios. (Subraya fuera de texto)*
- 2. La convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para que estudie y se pronuncie sobre las siguientes reformas de la Constitución:*
  - a. Reforma del Congreso.*

- b. Reforma del régimen de derechos civiles, humanos y garantías sociales.*
- c. Reforma de la administración de justicia.*
- d. Reglamentación de los estados de excepción (estado de sitio y emergencia económica).*
- e. Reforma de los mecanismos de planificación de la economía.*
- f. Ampliación de los mecanismos de la descentralización administrativa, y*
- g. Definición de los mecanismos de reforma de la constitución, a través de los sistemas de plebiscito y referéndum.*

Como se puede evidenciar, una de las solicitudes populares recaía entonces en la abolición de la figura existente en el artículo 76 de la Constitución de 1886. Es por ello que queda consignada de manera taxativa en la nueva carta, la prohibición de decretar auxilios y donaciones, en respuesta al abuso inadecuado de la práctica de los "auxilios parlamentarios".

El texto que atiende a dicho rechazo en la Constitución Política de 1991, fue aprobado por la Asamblea Constituyente en segundo debate sin que la comisión de estilo le hiciera ningún tipo de modificación en cuanto a su redacción. (Lleras de la Fuente & Tangarife Torres, 1996). Según consta en la Gaceta Constitucional No. 144, la votación se llevó a cabo en la sesión del día 2 de julio de 1991 con 49 votos afirmativos y no existe constancia de votos en contra o abstenciones.

El texto dispone lo siguiente: *“ARTÍCULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará*

*la materia*". Actualmente el mencionado artículo se encuentra vigente y no ha sido modificado en ninguno de sus apartes.

El artículo constitucional objeto de estudio, se ha intentado reformar como sucedió por medio de la Ley 796 de 2003, que convocaba a un referendo y cuya modificación constitucional respecto de los auxilios consistía en adicionar dos incisos al artículo 355 de la Constitución Política de la siguiente manera:

Así mismo, queda prohibida cualquier forma de concesión de auxilios con recursos de origen público, bien sean de la Nación, los departamentos o los municipios, sus entidades descentralizadas, o los establecimientos públicos o las empresas industriales y comerciales, o las sociedades de economía mixta, mediante apropiaciones, donaciones o contratos que tengan por destino final, en todo o en parte, apoyar campañas políticas, agradecer apoyos o comprometer la independencia de los miembros de corporaciones públicas de elección popular.

Sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar, la violación de estas prohibiciones constituye causal de destitución o desvinculación para el servidor público que la promueva, tolere o ejecute, lo mismo que de inhabilidad para el ejercicio, en el futuro, de cualquier otro cargo o función pública, y de pérdida de investidura para el congresista, diputado, concejal o miembro de juntas administradoras locales que la consume.

De acuerdo con el Doctrinante Quinche, (2004), para el Gobierno, los nuevos incisos, definían de manera más amplia el término "auxilio" al señalar que dicha figura se trata de "apropriaciones, donaciones o contratos", así como permitían endurecer el tipo de sanciones, puesto que el artículo 355 superior no hace mención de las posibles inhabilidades, destitución ni pérdida de investidura. Señala el autor que dicha modificación constitucional resulta inocua, toda vez que de una parte, los auxilios ya se encuentran prohibidos y de otra, la corte constitucional mediante sentencia C-1168 de 2001 fijó los criterios que ha de cumplir una asignación o

partida para que no sea considerada inconstitucional. Sin embargo, se reitera, el artículo 355 de la Constitución Política Nacional, se encuentra vigente y no ha sido objeto de modificación alguna.

Quedó plasmado entonces en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia de 1991, de un lado, en su primer inciso la prohibición para “decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado” y en su segundo y último, la posibilidad haciendo uso de los respectivos presupuestos bien sean nacionales, departamentales, distritales o municipales de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. Al respecto, Javier Henao Hadrón, (citado en Younes Moreno, 2006), señala que se trata de una “Norma prohibitiva de los desacreditados *auxilios* en favor de personas naturales o entidades jurídicas de derecho privado, que sirvieron generalmente para financiar campañas políticas con dineros del tesoro público” (pág. 254)

Las prohibiciones plasmadas en el ordenamiento constitucional son de suma importancia, toda vez que éstas son mandatos del más alto resorte jurídico nacional que vedan a los agentes del Estado a la realización de ciertas conductas. (Madrid & Garizabal, 2005).

Ahora bien, como lo ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia C-254 de 1996: *“la prohibición de los auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado”*, pues a renglón seguido de la misma, se encuentra la facultad de hacer uso de las herramientas consignadas en el ordenamiento jurídico contractual para satisfacer aquellas necesidades con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Sin embargo, las Entidades Públicas han de encontrarse en el debido desarrollo de sus respectivas misiones, con la necesidad imperiosa de asignar recursos públicos en beneficio de personas de derecho privado, motivo por el cual han de existir excepciones al respecto. Máxime

cuando nuestra Constitución Política Nacional establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que implica que dentro de los contenidos fundamentales de dicho estado de bienestar se destaquen garantías de prestación de bienes y servicios a la sociedad. (Ortiz, 2003, pág. 140).

No obstante lo anterior, es de anotar que si bien el artículo 355 de la Constitución Política establece una prohibición expresa de otorgar auxilios o donaciones a particulares, también concibe en una interpretación teleológica de la Carta, que es deber y obligación del Estado Colombiano generar condiciones de orden económico y social justo, desarrollado en diversas políticas de fines sociales tendientes a otorgar ayudas, incentivos, donaciones, auxilios a personas en situación de necesidad que requieren de la atención urgente del Estado para garantizarles una estabilidad social y económica y combatir la pobreza en la que se encuentran, de ahí la premisa de diferenciar del Presupuesto público del denominado Gasto Social.

### 3. EL GASTO SOCIAL EN EL PRESUPUESTO PÚBLICO.

#### Aspectos Históricos del Presupuesto Público

Las dinámicas propias de asignación de recursos públicos, implican, procesos de planeación, aprobación y ejecución del presupuesto, procesos tales que forman parte importante del actuar político y de la función administrativa del Gobierno. Dicha importancia del proceso presupuestal recae principalmente en que sus resultados tienen implicaciones sobre toda la sociedad. Pero más allá de ello, porque es por medio del presupuesto, que resulta materialmente posible suplir las principales necesidades de la población, tanto a nivel individual como general, convirtiéndose en un instrumento de equidad, pues tal como lo señala (North, 1998), teniendo presente que el Estado se concibe como el gran conglomerado de instituciones de la economía, las funciones adquiridas durante el último siglo le dan la preeminencia de uno de los agentes más importantes de la actividad económica. En efecto, el Estado moderno es fundamental no solo en las decisiones colectivas, sino también en las individuales. En concordancia con lo anterior, es pertinente



mencionar que los Derechos establecidos constitucionalmente tienen relación directa con los fundamentos del Estado, es así como la dignidad humana, el trabajo y el interés general son cimientos de diversas tradiciones. Pues el presupuesto constituye uno de los determinantes del crecimiento económico y resulta ser una de las variables que permite identificar la labor y las prioridades del Estado en cada periodo de Gobierno. (Bejarano Navarro & Beltrán Beltrán, 2017)

Respecto de lo que es el derecho presupuestario, doctrinariamente se han realizado definiciones que señalan que éste se encarga de estudiar las relaciones jurídicas que fundamentalmente se dan entre los ingresos y los gastos; de ahí que dicha ordenación sobre gastos públicos sea una de sus principales funciones, debido a que todo lo que tenga que ver con el manejo y destino de estos recursos está regulado por normas y leyes permanentes. (Serna Valencia, 1987)

Actualmente, las asignaciones presupuestales están enmarcadas legalmente en disposiciones y principios que les rigen, sin embargo, de acuerdo con Webber y Wildavsky, (Citado por Restrepo, 2012) la mayoría de conceptos que constituyen el marco normativo del derecho presupuestal en los Gobiernos modernos como la unidad, la anualidad, el equilibrio, la universalidad y el control surgieron durante el siglo XIX". Sin embargo, esto no significa que el derecho presupuestal no hunda sus profundas raíces en prácticas constitucionales y legales más antiguas.

En comparación con la doctrina nacional, la internacional ha sido más generosa en el estudio de los principios presupuestales y los conflictos que esta materia encierra. De un lado, García Belaunde (citado por Peña González, 2007), afirma que "algunos principios han sido establecidos constitucionalmente, mientras que otros son consignados en la ley de la materia". Para este autor, "muchos de estos principios surgen con la creación del Estado Constitucional del siglo XIX con la clásica división de poderes, por lo que algunos de ellos se deben tomar con cuidado por las transformaciones económicas, sociales y políticas ocurridas hasta nuestros días." Plantea, además, una importante clasificación de los principios presupuestales,

dividiéndolos en sustanciales y formales. Son los primeros el equilibrio y la anualidad. Serán principios formales la unidad, universalidad, no afectación de recursos, especificación de gastos, y en el rubro de “otros” ubica el principio de la publicidad.

Como lo reseña (Ramírez Plazas, 2015) el presupuesto como hoy se conoce, surge en el siglo XIX como expresión principal del predominio político que adquieren las representaciones populares a través del Parlamento en el Estado Liberal; el Parlamento expresa la voluntad popular en el presupuesto para canalizar y tramitar las demandas sociales mediante la determinación de los ingresos, la mayoría de los cuales tienen origen en los impuestos, y la determinación del gasto, de acuerdo con el Plan de Desarrollo. (p, 157).

Adicionalmente, de manera histórica el derecho presupuestal ha presentado diversas doctrinas para explicar la naturaleza jurídica del presupuesto dentro de las cuales destaca:

- Teoría dualista: Cuyo origen es la crisis constitucional (Alemania), que se presentó entre los años 1862 y 1866, cuando el Parlamento se abstuvo de aprobar el presupuesto presentado por la Corona, creándose la pregunta de cómo podría funcionar el Estado sin presupuesto, surgiendo la teoría de que el presupuesto era la expresión de Ley en el sentido formal, porque expresaba la opinión política del Parlamento y no material, que es la que señala los deberes y los derechos de los ciudadanos, por lo cual el gobierno puede recaudar los ingresos y autorizar los gastos con base en las leyes que los crean y los autorizan, siendo entonces la ley anual de presupuesto la compilación de leyes anteriores, por tanto, si esta última no es expedida, la marcha de la administración no se paraliza.
- El presupuesto como acto condición: De acuerdo con esta teoría el presupuesto anual llámese Ley, Ordenanza, Acuerdo o resolución, no hace

más que asegurar la ejecución de leyes preexistentes, no siendo entonces más que una norma que estima las rentas y autoriza los gastos.

- El presupuesto como acto jurídico complejo: En esta teoría se plantea la necesidad de distinguir el presupuesto de ingresos del presupuesto de gastos, pues ambos tienen naturaleza jurídica diferente.
- El presupuesto como acto político: En relación con esta teoría al ser aprobado o negado el presupuesto, por el órgano de control político, éste no hace sino una manifestación de carácter típicamente político, más que jurídico.
- El presupuesto como norma formal y material: En esta teoría la norma de presupuesto tiene un carácter coactivo, imperativo, de regulación de conductas de la administración y de los ciudadanos, funciones típicas de toda norma jurídica producida por el órgano de control político, conformándose así la doble condición de ser formal y material.
- Enfoque Presupuestal: El presupuesto público se puede ver y leer desde varios puntos de vista. Por un lado, la asignación especialmente del gasto en la que se identifica el proceso tradicional de rubros presupuestales tanto de ingresos como de gastos e inversiones, con otro nuevo que va más allá de la aprobación de las simples apropiaciones presupuestales y se refiere al cumplimiento de metas y resultados de las asignaciones tradicionales. La otra lectura por quienes toman las decisiones de asignar o aprobar el presupuesto, muestran igualmente una nueva tendencia que va más allá de la aprobación tradicional del presupuesto por parte del gobierno, congresistas, diputados y concejales elegidos bajo el esquema de la democracia representativa, para pasar a involucrar a la ciudadanía y organizaciones directas de éstas en los procesos de preparación, discusión y aprobación de los presupuestos bajo el esquema de democracia participativa.

Ahora bien, adicional a los conceptos mencionados, resulta pertinente señalar que respecto de los asuntos presupuestales, la doctrina ha desarrollado con el correr de los años una serie de principios que constituyen lo que podría denominarse como el compendio de la sabiduría convencional presupuestal y la referencia a estos principios, se ha empleado tradicionalmente por juristas y economistas para aludir a un cierto tipo de convicciones sobre el contenido y la configuración que, a lo largo del tiempo, se han considerado óptimos para la institución presupuestaria. Estos principios se apoyan, a su vez en otros más trascendentes, de orden político y económico. Anualidad, unidad, universalidad, especialidad, publicidad, principios que son consustanciales con el liberalismo económico y con el liberalismo político. (Restrepo, 2012). Respetando dichos principios, es posible descifrar que la importancia del presupuesto en la sociedad moderna radica en la movilización de grandes volúmenes de recursos, creando con ellos una variable importante desde el punto de vista económico, tanto cuantitativo como cualitativo; así mismo el presupuesto provee las normas legales para que la ejecución del gasto público se controle y evalúe su eficiencia. (Ramírez Plazas, 2015, pág. 153). He de precisar aquí, como se mencionó en líneas anteriores, que adicional a ello, con las ejecuciones del presupuesto público se logra satisfacer las necesidades de los asociados y en especial de los menos favorecidos, a quienes deberá dirigirse con prioridad el denominado Gasto Social, como un rubro de primacía sobre otros gastos de interés del Gobierno Nacional.

#### El Gasto Público Social:

Con la promulgación constitucional de 1991, presupuestalmente hablando en Colombia se desarrolló un mayor interés y un privilegio en el gasto público social, otorgándole a éste una prioridad sobre cualquier otra asignación, así mismo, la constitución señaló que aquel presupuesto destinado a la inversión social, no podría disminuir anualmente. Artículo 350 C.P.

En la actualidad, el concepto de gasto público ha tomado especial importancia, principalmente porque a la luz de los análisis keynesianos se ha visto que el gasto público no desarrolla un papel neutro dentro de la actividad económica, como lo pensó la escuela tradicional, sino que tiene un papel decisivo en la actividad económica y adicionalmente, el concepto de gasto público ha cobrado importancia no sólo porque ahora hay más conciencia de su trascendencia económica sobre los grandes agregados de la renta nacional, sino también porque se ha constatado que a menudo los problemas fiscales no son tanto asunto de carencia de recursos como de ineficacia en la asignación en los gastos (Restrepo, 2012)

De acuerdo con (Ramírez Plazas, 2015), se define como gasto público las erogaciones en que incurren el conjunto de entidades estatales de un país, el gasto público es un mecanismo de redistribución del ingreso y de la riqueza, vía transferencias e inversión en sectores como salud, educación, vivienda, saneamiento básico, cultura, y los demás que intervienen en la definición de la calidad de vida de la población (p, 35).

Por su parte, (González, Leyva Ferrelro, & de la Paz Martínez, 2006), consideran que la importante presencia del gasto público en las economías modernas respalda el interés que despierta su estudio en la actualidad, pues el gasto público es una erogación monetaria realizada por la autoridad competente en virtud de una autorización legal destinada a fines de manifiesto interés colectivo, de tal manera que cuando el Gobierno gasta dicho dinero, puede estar haciendo una mera donación de fondos o bien puede actuar como si fuese un particular comprando bienes y servicios para producir ulteriores otros bienes y servicios que estén en condiciones de satisfacer las necesidades públicas (p, 41).

En relación con las características del gasto público, se puede enunciar que el gasto público a) no necesita ser cubierto por quien lo eroga, b) no tiene por qué producir utilidad financiera, c) su monto está determinado por factores económicos, políticos y sociales; ya que la amplitud del gasto público depende del tipo de economía que

impere en cada país. En una economía de mercado va a ser menor que en una economía centralizada por la importancia que se le da al Estado y a medida que aumentan las funciones del Estado aumenta también el monto del gasto público, por eso se considera uno de los instrumentos más importantes de la política económica (González, Leyva Ferrelro, & de la Paz Martínez, 2006, pág. 42)

En referencia al gasto público social, este puede expresarse tanto en gastos de funcionamiento como en gastos de inversión. Por ejemplo, el pago del salario de un médico perteneciente a un hospital público constituye un gasto de funcionamiento pero en tanto este profesional presta un servicio de salud y la salud hace parte del gasto público social, este será un gasto público social representado en un gasto de funcionamiento (Ramírez, 2015. P, 41).

Conforme a los principios constitucionales, el gasto público está contenido en los artículos 95, 150, 345 a 355 de la Constitución Política y en el Estatuto Orgánico de Presupuesto (Decretos 111 y 115 de 1996). El artículo 350 de la CP de 1991, se refiere al gasto público social en dos aspectos: de un lado, deja en manos del Legislativo, para que a través de la Ley Orgánica determine qué partidas del presupuesto hacen parte del gasto público social (Constitución Política, 1991).

El artículo 41 del Decreto 111 de 1996 mediante el cual se compilan las leyes orgánicas del presupuesto, establece que se entiende por gasto público social aquel “cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población. Programadas tanto en funcionamiento como en inversión”.

El gasto público social, está constituido por las erogaciones del Estado en los sectores “sociales”. Si bien la definición de tales sectores no es del todo precisa, existe consenso en incluir en ellos a los gastos en educación, salud, agua y servicios sanitarios y a los relativos a programas nutricionales, de vivienda y promoción social, además, se incluyen lo seguros sociales (seguridad social, asignación

familiar y obras sociales) y las erogaciones en los sectores trabajo, cultura, deportes, recreación, turismo social, ciencia y técnica y servicios urbanos. Así, más que una definición precisa del concepto de gasto público social, se tiene una enumeración de los sectores que abarca (Ramírez Plazas, 2015, pág. 53)

Sin embargo, ante la existencia de una necesidad sentida de las poblaciones vulnerables, la identificación clara de Políticas tendientes a disminuir las brechas entre la población y sacar de la pobreza a más de 15 millones de habitantes, así como la identificación de un presupuesto y más específicamente de un gasto social, era necesario identificar un instrumento jurídico que permitiera desarrollar y ejecutar estos recursos tendientes a entregar un auxilio, donación, subsidio a particulares en situación de pobreza o vulnerabilidad, por tal razón, se expidió un Decreto Constitucional, aquel que reglamentó el artículo 355 de la Constitución y desarrolló los lineamientos Constitucionales para implementar acciones entre el Estado y las organizaciones sin ánimo de lucro que permitan ejecutar recursos públicos sin que sea un impedimento la prohibición prevista en el precitado artículo Constitucional.

#### 4. LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO CON EL ESTADO COLOMBIANO

De acuerdo con (Lleras de la Fuente, Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia, 2007, pág. 586 y 587) El propósito del segundo inciso del artículo 355 C.P, fue permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades loables en campos como el científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir estímulos económicos de carácter estatal, pero bajo el sometimiento a mecanismos de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes éstos a la contratación pública, evitando así que desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció bajo el ordenamiento constitucional anterior. Todo ello de conformidad con las normas de la Constitución, pues los dineros objeto de contratos deben haber sido

incluidos debidamente en el presupuesto respectivo, y guardar relación con los planes de desarrollo del orden nacional o seccional, según sea el caso.

Respecto de la modalidad de contratación establecida en el artículo 355 constitucional, (Chávez Marín, 2015), ha señalado que se denominan convenios administrativos de interés público a aquellos que celebran las diferentes entidades estatales, con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, con el objeto de impulsar programas en beneficio de la sociedad y que se encuentran en concordancia con lo establecido en los planes de desarrollo, sean estos nacionales o territoriales. Respecto de estas personas jurídicas, Fonseca Gómez, (2012) señala que el propósito inspirador de las mismas radica en el servicio a la comunidad, toda vez que son aquellas las que colaboran de manera armónica con el Estado en el cumplimiento de las finalidades que a él se le atribuyen.

Así mismo, resulta pertinente reiterar que la persona, como principal característica del Estado Social de Derecho, es la fuente primaria, suprema y última de donde emana toda autoridad, puesto que la creación del Estado se ha dado precisamente para brindarle protección. (Olano García, 2009, pág. 36)

En coherencia con lo anterior, la Constitución Política de Colombia consagra que: *"son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".*

Dentro de los fines del Estado se encuentra entonces que éste debe facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Para este efecto, la Carta Política trae consigo unos principios que se encuentran orientados a ampliar el espectro de participación de los ciudadanos.



Sobre el régimen contractual de la Administración, encontramos la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 como el primer mecanismo por medio del cual los ciudadanos pueden colaborar con las entidades estatales en el logro de sus fines, cumpliendo una función social, esto, a través de la celebración de contratos estatales con la Administración Pública. Sin embargo, la Constitución y estas propias leyes han contemplado la existencia de una amplia gama de regímenes contractuales diferentes que permiten igualmente la vinculación y la colaboración contractual de los ciudadanos con la Administración Pública. Teniendo en cuenta que el Estado, en especial aquellas Entidades que desarrollan actividades de interés social, amparadas en los lineamientos que los Planes de Desarrollo de los diferentes niveles de la Administración determinen y consagren como lineamiento de política en favor de las comunidades vulnerables a través de diferentes actividades de asistencia Estatal, hace necesario la ejecución inmediata de los recursos destinados a estos propósitos con el fin de cumplir de manera eficaz con los fines de un Estado Social de Derecho. Es por esto que se plantea la necesidad de utilizar herramientas de tipo contractual con el fin de que las Entidades del Estado puedan adelantar de manera rápida y eficaz, la ejecución de los recursos destinados a Programas de interés social y de beneficio a las comunidades.

Al respecto, es preciso señalar que cuando el Estado realiza actividades jurídicas y/o contractuales con particulares deberá buscar siempre que haya transparencia y protección de los bienes del Estado, ello con el fin de asegurar que no se presenten prácticas corruptas o que existan intereses particulares. (Cubides Cárdenas, Pinilla Malagón, & Torres Ávila, 2016)

Así las cosas, el artículo 355 de la Constitución Política le permite al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal la celebración de Contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro. En este sentido, establece que:

*"El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades*

*privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”*

El Gobierno Nacional, haciendo uso de la facultad constitucional establecida en el artículo 355 superior, reglamentó la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público mediante el Decreto 777 de 1992, Derogado por el Decreto 092 de 2017 que entró en vigencia el primero de junio de 2017.

De esta forma, estos actos jurídicos, a pesar de enmarcarse dentro del concepto de "contrato" de que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran sometidos a disposiciones constitucionales y reglamentarias especiales (Constitución Política, Decreto 092 de 2017). En este sentido, esta reglamentación es autónoma; "en cuanto sólo están sometidos a la Constitución y no a la ley y, por tanto, sustraídos del alcance del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues el constituyente tuvo a bien reservar a la competencia del gobierno la regulación de esta materia contractual" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de febrero de 2006. Radicado No 11001-03-06-000-2005-01710-00(1710). Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

Respecto de estos Contratos, el artículo 1 del Decreto 777 de 1992, disponía que: *"Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983”*

Por su parte, el Decreto 092 de 2017, estableció:

“Artículo 1. *Objeto*. El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.

Artículo 2. *Procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*. Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:

- (a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de Entidad con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de las personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, derecho a la paz, manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y promoción de la diversidad étnica colombiana;
- (b) Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y
- (c) Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 1993, sus modificaciones y reglamentos”.

Por lo tanto, antes de la suscripción de los respectivos Contratos, deberá verificarse, entre otros aspectos:

- i. La concurrencia del objeto social de la entidad sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere promover.
- ii. La naturaleza jurídica de la persona con quien se contrata (privada sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad);
- iii. La finalidad del convenio (impulso de programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo);
- iv. Sus formalidades (constancia por escrito y determinación de su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes).

En este orden de ideas, y ante la excepcionalidad contractual, es importante recordar que la Constitución Política de Colombia, no desconoce el otorgamiento de subsidios, ayudas o estímulos económicos, cuando obedecen al cumplimiento de deberes o principios de rango constitucional, como por ejemplo, los recursos que conforme a los artículos 64 y 65 se destinan a mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos, proteger la producción de alimentos, e impulsar el desarrollo de las actividades del campo; los incentivos económicos al fortalecimiento de la investigación científica, a la promoción, fomento y acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, tal como lo ordenan los artículos 69 y 70; la concesión de subsidios a las personas de menores ingresos para el pago de las tarifas de servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, según mandato del artículo 368, entre otros.

Al respecto, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado en Sentencia C -159/98: *“la prohibición de otorgar auxilios admite, no sólo la excepción a que se refiere el segundo aparte del artículo 355 superior, sino las que surgen de todos aquellos supuestos que la misma Constitución autoriza, como desarrollo de los*

*deberes y finalidades sociales del Estado con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país. Estos criterios responden a la concepción del Estado Social de Derecho, el cual tiene como objetivo esencial 'promover la prosperidad general, facilitar la participación, garantizar los principios y deberes consagrados a nivel constitucional, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo y proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades' C-372 94., o como lo ha señalado en otra oportunidad la misma Corte, 'El estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad' T-426/92.*

*Bajo este entendido se explica el otorgamiento de subsidios, avalados por la Corte en diferentes pronunciamientos, a los pequeños usuarios en los servicios públicos domiciliarios arto 368, al fomento a la investigación y transferencia de la tecnología; a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierra etc., arto 65, a la adquisición de predios para los trabajadores agrarios, arto 64, a la ejecución de proyectos de vivienda social y a los servicios públicos de salud y educación, arto 49 y 67.*

*Como puede observarse, la Corte al determinar los alcances de la prohibición constitucional de los auxilios y las donaciones ha concluido que la Constitución no prohíbe, como medida infranqueable, que el Estado pueda transferir recursos públicos a favor de los particulares u organismos mixtos conformados con aportes públicos y privados, si la transferencia está legitimada en la necesidad de desarrollar y aplicar principios o derechos constitucionales establecidos. De este modo se logra una coherencia entre la prohibición de los auxilios y donaciones, arto 355, y los imperativos constitucionales relativos a la atención de los deberes sociales a cargo*

*de las autoridades, y al cumplimiento de las finalidades constitucionales propias del Estado social de derecho”.*

Como se puntualiza en la sentencia C-543/2001, el artículo 355 constitucional, cuando en el segundo inciso alude a la celebración de contratos, hace énfasis en que el objeto de los mismos es el desarrollo de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, y para asegurar que la acción de fomento (benéfica como la ha denominado la jurisprudencia de la Corporación) se cumpla adecuadamente, exige que las instituciones privadas con las cuales se hayan de celebrar sean precisamente de aquellas que conforme a la ley tengan el carácter de instituciones sin ánimo o fin lucrativo (las personas jurídicas, fundaciones y asociaciones, reguladas por el Código Civil -Título XXXVI- y disposiciones complementarias) que además, ostenten reconocida idoneidad en el ámbito donde conforme a sus respectivas reglas estatutarias, desarrollan las actividades de beneficio común”. (En igual sentido pueden consultarse las sentencias C-205/95, C-251/96, C-254/96, C-183/97, C-152/99, C-1168/01, entre otras.)

En este mismo Sentido, el máximo tribunal Constitucional en Sentencia C-507 de 2008 determinó: “*Si bien, la Constitución prohíbe toda donación de recursos públicos, ello no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario*”.

Esta Sentencia señala y desarrolla las características que debe reunir la asignación de recursos públicos a sectores especialmente protegidos. A saber: 1. El respeto por el principio de legalidad del gasto, 2. Inclusión en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión de las políticas públicas, 3. Si no existe contraprestación, deberá estar fundada la asignación en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice y 4. Respeto por el principio de igualdad.

En Sentencia C-421/16 la Corte Constitucional reafirmó su posición al indicar que: “La Carta consagra excepciones acordes con la intención de proteger e incentivar

ciertas actividades que la Constitución considera como dignas, respecto de las cuales autoriza al Estado para que pueda conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares.

La Corte admite la existencia de situaciones en las que reconoce la posibilidad de que el Gobierno Nacional asigne recursos públicos sin contraprestación alguna a favor de particulares, siempre que tales asignaciones fuesen decretadas (1) con fundamento en la Constitución y, (2) a través de los contratos que se debían celebrar exclusivamente con dichos fines”.

Respecto de la oposición constitucional de otorgar auxilios y donaciones, concluye la Corte, que la Constitución no prohíbe que el Estado transfiera recursos públicos a los particulares, sin contraprestación económica, ello siempre que dicha transferencia tenga un sustento en principios y derechos constitucionales expresos. Esa es la única forma de armonizar la prohibición de los auxilios y donaciones con los deberes sociales del Estado. (Sentencia C-251/96)

En efecto, la prohibición de los auxilios (Art. 355 C.P) debe ser armonizada con el mandato del artículo 146 ordinal 4º, según el cual las Cámaras no pueden decretar en favor de particulares erogaciones "que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente". Puede entonces concluirse que no están prohibidas, porque no son actos de mera liberalidad sino de justicia distributiva, aquellas transferencias que se efectúen con el propósito de satisfacer derechos preexistentes, como sucede con los derechos que consagra la propia Constitución, siempre y cuando esa cesión sea imperiosa para la satisfacción de ese derecho constitucional.

“A través del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución de 1991, se trasladó la facultad altruista que autorizaba la Constitución de 1886 a favor de las entidades sin ánimo de lucro del Congreso al Gobierno Nacional, en todos sus niveles, sujetándola a la previa celebración de un contrato y, siempre que: (1) La entidad sin ánimo de lucro sea de reconocida idoneidad. (2) Se busque impulsar programas o

actividades de interés público. (3) Estos programas o actividades se encuentren acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. (4) La contratación se realice en los términos previstos en el reglamento expedido por el Gobierno Nacional con tal propósito.

Así mismo, los auxilios, subsidios o subvenciones estarán prohibidos cuando, (i) violen el principio presupuestal de legalidad del gasto; (ii) cuando la ley que lo decreta omita determinar, de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcance material y temporal, criterios de asignación, publicidad e impugnación, para asegurar que no se desconozca el principio de igualdad; (iii) obedezca a criterios de mera liberalidad y no a una política pública destinada a satisfacer fines constitucionales. Sobre este punto, la Corporación reitera la necesidad de que las asignaciones de recursos o bienes públicos que realice el Gobierno Nacional se ajusten o encuentren en plena armonía con lo fijado, dispuesto y determinado en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, así como con lo contenido en la Ley de Inversiones correspondiente” Sentencia C-027/16

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas oportunidades acerca del contenido y alcance del artículo 355 de la Carta Política y, al efecto, ha concluido por diferentes vías, que la prohibición allí prevista no resulta absoluta, pues admite “excepciones” que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho, tales como la asignación de recursos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política.

Así las cosas, el medio a través del cual el Estado, en concurso con los particulares, puede desarrollar actividades de interés público o social, sin desconocer la prohibición constitucional del inciso primero del artículo 355, es a través de contratos, que deben reunir básicamente tres requisitos:

- El primero, se relaciona con la naturaleza jurídica del contratista, pues las actividades benéficas del Estado sólo pueden cumplirse a través de entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.



- El segundo, tiene que ver con el objeto o materia, la cual se circunscribe a *"impulsar programas y actividades de interés público"* de contenido eminentemente social, conforme al ámbito de aplicación del artículo 355, como *"es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, de la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, arto 38) buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas"* C-543/01.
- El tercero, que dichos contratos estén acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para *"impulsar"* programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública. Por esto, el Decreto 092 de 2017, excluye del campo de aplicación del artículo 355, los contratos que celebren los organismos oficiales con el objeto de adelantar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

La misma interpretación se consignó en sentencia de 26 de febrero de 1993, radicación 2073, de la Sección Primera de la Corporación, que denegó las pretensiones de nulidad contra los artículos 10 y 20 del decreto 777 de 1992 al establecerse que:

*".. los contratos a que se refiere el inciso 10. del artículo 20. del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio*

*de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquellos sean excluidos por el mismo artículo 20 acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición.”*

Ante la inminente necesidad de ejecución de Programas de Beneficio a las comunidades y a personas en situación de vulnerabilidad para el otorgamiento de bienes, servicios, auxilios e incluso donaciones, las Entidades del Estado podrán realizar alianzas estratégicas con socios estratégicos de operación y de reconocida experiencia e idoneidad a través de la celebración de Convenios o Contratos de asociación, de aquellos regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, y/o Convenios de Asociación previstos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, desarrollado por el Decreto 092 de 2017.

Por su parte, los convenios de asociación suscritos con entidades sin ánimo de lucro, dentro del estricto marco permitido por la Ley, siempre que la entidad seleccionada acredite, idoneidad, experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato, constituyen la herramienta idónea por implicar la concurrencia, colaboración y coordinación de organismos y entidades estatales tanto del nivel nacional como del territorial.

Esta modalidad contractual es el mecanismo a través del cual se conciben relaciones con auténticas implicaciones jurídicas entre los diferentes actores del Estado, las cuales son indispensables para el normal funcionamiento del mismo, reflejando su coordinación, control cooperación y jerarquía.

Por tal razón a pesar de una prohibición expresa constitucional, en la cual al Estado le está prohibido hacer donaciones a particulares, se ha observado la imperiosa necesidad de hacerlo, debido a las grandes inequidades y brechas existentes entre las poblaciones vulnerables de Colombia. Razón por la cual, el Gobierno a través de un Decreto Constitucional y con la jurisprudencia de las Altas Cortes ha trazado una línea de aplicación e interpretación tendiente satisfacer las necesidades de millones de colombianos a través de un instrumento jurídico denominado Convenio de Asociación.

## CONCLUSIONES

La prohibición establecida en el artículo 355 superior puso fin a una situación anómala generada en los abusos cometidos por algunos congresistas, que tuvo múltiples críticas y que fue una de las motivaciones que impulsó la necesidad de un cambio constitucional en el país. El auxilio o donación, materia de la prohibición, se caracteriza por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en contraprestación alguna. Así mismo, corresponden a estas categorías, las transferencias a particulares, que no estén precedidas de un control sobre los recursos o que éste no pueda realizarse con posterioridad a la asignación.

Pese a la prohibición expresa Constitucional, La Carta Política por vía excepcional, autoriza al Estado para que pueda conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquélla directamente considera dignas y merecedoras de apoyo dirigidas a la población en condiciones de vulnerabilidad.

Es de esta manera como el régimen de excepciones frente a la prohibición constitucional bajo estudio, que concede al Estado los mecanismos jurídicos que le

permiten otorgar auxilios o donaciones a personas de derecho privado, se enmarca y deberá atender a lo siguiente:

- De acuerdo al desarrollo jurisprudencial, para que no se configure un auxilio o donación en favor de un particular y de esta manera se incurra en la prohibición constitucional, en el programa o proyecto implementado no deberá existir una contraprestación a favor de la Entidad, so pena de enmarcarse en una tipología contractual diferente.
- El mecanismo jurídico idóneo para desarrollar actividades de interés social y en favor de comunidades vulnerables será el denominado Convenio de Asociación, el cual debe estar enmarcado en un Plan de Desarrollo y dirigido a satisfacer necesidades insatisfechas de éstas.
- Las donaciones o auxilios sólo serán constitucionalmente legítimos si son el resultado del cumplimiento del deber constitucional expreso de adoptar medidas encaminadas a financiar, con bienes o recursos públicos, la satisfacción de derechos constitucionales de grupos o sectores constitucionalmente protegidos o de actividades que deben realizarse por mandato constitucional y que son ejecutadas por particulares que requieren, para satisfacer los fines estatales, de un apoyo o ayuda del Estado
- Para la configuración de un convenio de asociación deberá cumplirse con los siguientes requisitos i. que se encuentre dentro de un Plan de Desarrollo. ii. Que no genere una contraprestación directa a favor de la Entidad iii. Que ejecute programas de apoyo o de beneficio a las comunidades, es por ello que, de no cumplirse con estos requisitos, se enmarcaría en una indebida celebración de contratos, pues la tipología contractual deberá ser la establecida en la ley 80 de 1993 y no el régimen excepcional consagrado en el artículo 355 de la Constitución.

## REFERENCIAS:

- Aponte Olivella, M. I. (1983). Los Auxilios Parlamentarios Para el Desarrollo Regional. *Tesis presentada en cumplimiento de los requisitos exigidos para optar el título de Abogado*. Colombia: Universidad de Santo Tomas de Aquino - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Aponte Vanegas, J., Morales Benitez, O., Vidal Perdomo, J., & Younes Moreno, D. (2008). *Carlos Lleras Restrepo, Cien Años de Historia: Estudios Político-Jurídicos*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez Academia Colombiana de Abogacía.
- Becerra, A. H. (Enero de 2002). El Congreso de Colombia. *Revista Credencial de Historia*(Edición 145). Recuperado el 01 de mayo de 2017, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/enero2002/elcongreso.htm>
- Bejarano Navarro, H. D., & Beltrán Beltrán, J. P. (Enero de 2017). Análisis del presupuesto de ingresos y gastos de los fondos de desarrollo local de Bogotá D.C. en el periodo 2009 – 2013. 15(27). Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada - Memorias.
- Cárdenas, M., Mejía, C., & Olivera, M. (Septiembre de 2006). La economía política del proceso presupuestal en Colombia. *Estudio preparado para el Banco Interamericano de Desarrollo*(31). Working Papers Series – Documentos de Trabajo.
- Chávez Marín, A. R. (2015). *Los Convenios de la Administración: Entre la Gestión Pública y la Actividad Contractual*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de febrero de 2006. (2006). Radicado No 11001-03-06-000-2005-01710- 00(1710). . Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
- Contraloría General de la Republica. (septiembre-octubre de 1991). La Constitución de 1991 y el Crecimiento Económico. *Economía Colombiana*(237), I-IX.
- Corte Constitucional . (1998). Sentencia 159 de 1998. M.P ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia 372 de 1994. M.P VLADIMIRO NARANJO MESA.

- Corte Constitucional. (1996). Sentencia 251 de 1996. M.P ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia 254 de 1996. M.P EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia 1168 de 2001. M.P EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
- Corte Constitucional. (2008). Sentencia 507 de 2008. M.P JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia 421 de 2016. M.P JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
- Cubides Cárdenas, J., Pinilla Malagón, J. E., & Torres Ávila, J. (2016). *Derecho Público en el Siglo XXI. Regulación del Mercado, Contratación Pública y Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Fonseca Gómez, O. J. (2012). Los Convenios de Asociación - una mirada desde el Estatuto Contractual y el Distrito Capital. *Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de: Magister en Derecho con Profundización en Derecho Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.
- González, M. S., Leyva Ferrelro, G., & de la Paz Martínez, Y. (2006). Hacienda pública. (P. e. Web, Ed.) Cuba: La Habana : Editorial Félix Varela. Recuperado el 30 de mayo de 2017
- Lleras de la Fuente, C. (2007). *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*. Bogotá, Colombia: Departamento de Publicaciones, Cámara de Comercio de Bogotá, 1992.
- Lleras de la Fuente, C., & Tangarife Torres, M. (1996). *Constitución Política de Colombia: Origen Evolución y Vigencia* (primera ed.). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Madrid, M., & Garizabal, M. (2005). *Diccionario de la Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional.
- North, D. (1998). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México. Fondo de Cultura Económica.

- Olano García, H. (2009). *Preguntas y Respuestas de Derecho Constitucional Colombiano y Teoría General del Estado*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Ortiz, G. A. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Peña González, E. (Enero-Junio de 2007). Principios e instituciones presupuestales en Colombia. (U. d. Rosario, Ed.) *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(1).
- Quinche Ramirez, M. F. (2004). *Reforma política y referendo en Colombia: Dentro del proceso de reformas de la Constitución de 1991*. Bogotá, Colombia: Centro editorial Universidad del Rosario.
- Ramírez Plazas, J. (2015). *El Presupuesto Público en Colombia*. Librería de Profesionales S.A.
- Restrepo, J. C. (2012). *Hacienda Pública*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Serna Valencia, J. G. (1987). *Aspectos de la política presupuestal en Colombia, 1886-1987*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto.
- Younes Moreno, D. (2006). *Derecho del control fiscal: vigilancia para una gestión transparente de lo público*. Bogotá, Colombia: Academia Colombiana de la Abogacía.
- Younes Moreno, D. (2016). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.